

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 22. september 2023

í máli nr. 17/2023:

Rafmagnsþjónustan ehf.

gegn

Reykjavíkurborg

Lykilorð

Örútbod. Kærufrestur. Kröfugerð. Úrræði kærunefndar. Álit um skaðabótaskyldu hafnað.

Útdráttur

Rþ ehf. kærði örútbod R um lampa fyrir stígalýsingu. R hafði tekið tilboð Í útboðinu, þar sem að það hlaut flest stig gildra tilboða, en Rþ ehf. taldi að R hefði vantalið stig tilboðs þess og krafðist þess m.a. að niðurstaða útboðsins yrði ógilt. Undir meðferð málsins fyrir kærunefndinni upplýsti R um að fallið hefði verið frá samningi milli R og Í og að R hygðist bjóða innkaupin út að nýju þar sem önnur tilboð hefðu verið ógild. Kærunefndin taldi frest Rþ ehf. til að bera undir kærunefndina atriði er lutu að stigagjöf tilboðsins liðinn þegar kæra barst nefndinni. Á hinn bóginn var talið að Rþ ehf. kæmi í málinu að kröfum eru lutu að því að tilboð R ehf. hefði verið gilt. Þar sem R hafði upplýst um að innkaupin yrðu boðin út á ný, og þar sem kærunefndinni væri ekki unnt samkvæmt 111. gr. laga nr. 120/2016 að skylda R til þess að ganga til samninga á grundvelli útboðs, kom einungis til álita sú krafa Rþ ehf. að nefndin léti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu R gagnvart R ehf. Hvað þá kröfu varðaði taldi nefndin að R hefði verið rétt að meta tilboð Rþ ehf. ógilt þar sem það fullnægði ekki kröfum örútbodsgagna. Þar sem Rþ ehf. hefði þar með ekki átt raunhæfa möguleika á að vera valinn í útboðinu var kröfunni hafnað.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 23. mars 2023 kærir Rafmagnsþjónustan ehf. örútbod Reykjavíkurborgar nr. 15711 auðkennt „Stígalýsing 2023. Lampar fyrir stígalýsingu“. Endanlegar kröfur kæranda eru þær að felld verði úr gildi annars vegar ákvörðun varnaraðila um að semja ekki við neinn af bjóðendum og hins vegar sú ákvörðun hans að hafna tilboði kæranda sem ógildu auk þess sem að lagt verði fyrir varnaraðila að ganga til samninga við kæranda um kaup á lömpum. Til vara krefst kærandi þess að kærunefndin veiti álit á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda. Loks krefst kærandi þess að varnaraðili greiði honum málskostnað.

Varnaraðila krefst þess í greinargerð 19. apríl 2023 að öllum kröfum kæranda verði vísað frá en til vara hafnað. Þá krefst hann þess að kæranda verði gert að greiða málskostnað sem renni í ríkissjóð.

Kærandi skilaði andsvörum við greinargerð varnaraðila 10. maí 2023. Varnaraðila var gefinn kostur á að tjá sig um svar kæranda og skilaði hann viðbótarathugasemdom 29. júní sama ár. Kærunefndin óskaði eftir viðbótargögnum frá varnaraðila 4. og 11. september 2023 og bárust þau 6. og 11. sama mánaðar.

I

Helstu málsatvik eru þau að 12. janúar 2023 óskaði varnaraðili eftir tilboðum í örútboði nr. 15711, auðkennt „Stígalýsing 2023. Lampar fyrir stígalýsingu“, innan rammassamnings varnaraðila nr. 15624 um lampa fyrir borgarlýsingu.

Í grein 1.1.6 í örútboðslýsingu kom fram hvaða gögn skyldu fylgja með tilboði. Á meðal þess sem var tiltekið var „Formblað 3 með tæknilegum eiginleikum. Formblaðið inniheldur ítarlegar tæknilýsingar á boðinni vöru og aðrar þær upplýsingar sem nauðsynlegar eru til að sýna fram á að viðkomandi lampi uppfylli kröfur kaupanda, sbr. kafla 2. Technical requirements. Þjóðanda er bent á að skila öllum umbeðnum gögnum skv. formblaði 3“ og „Ábyrgðarskirteyni [svo] sem staðfesti ábyrgðartíma“. Fram kom að valkvætt væri að skila staðfestingu á umhverfisstjórnunarkerfi. Í lok greinar 1.1.6 var tekið fram í breiðu letri að lögð væri rík áhersla á að bjóðendur skiluðu inn umbeðnum gögnum með tilboðum sínum og gerðu þeir það ekki kynni það að valda ógildingu tilboðs. Um mat tilboða sagði í grein 1.2.2 að notast yrði við stigagjöf til að skera úr um hagkvæmasta tilboð sem uppfyllti jafnframt kröfur útboðsgagna. Skiptist matslíkan í lífsferilskostnað, ábyrgðartíma lampa og umhverfisstjórnunarkerfi, eins og nánar væri lýst í útboðsgögnum. Mat á lágmarkskröfum til búnaðar fæli í sér yfirferð tæknilegra eiginleika lampa og lýsingarútreikninga og yrði gert fyrir lampa sem best kæmu út úr matslíkani. Ef lampi uppfyllti ekki lágmarkskröfur samkvæmt útboðsgögnum yrði viðkomandi tilboði vísað frá og lampi með næst flest stig úr matslíkani yrði settur í lágmarkskröfumat o.s.frv. Aftur var áréttað með breiðu letri að bjóðandi skyldi gæta þess að skila inn öllum umbeðnum gögnum en það fæli meðal annars í sér að fylla út allar þær upplýsingar sem óskað væri eftir í formblöðum.

Í grein 1.2.3 var kveðið á um lágmarkskröfur til búnaðar og kom þar fram, líkt og í grein 1.2.2, að lagt yrði mat á lágmarkskröfur hjá þeim bjóðanda sem væri með flest stig og skyldi tilboð uppfylla allar kröfur útboðsgagna s.s. lágmarkskröfur um tæknilega eiginleika lampa og lýsingarútreikninga. Uppfyllti bjóðandi ekki þessi skilyrði kæmi hann ekki til greina og yrði

viðkomandi tilboði vísað frá og sá sem væri með næst flest stig tekinn fyrir og koll af kalli. Um töku tilboða sagði í grein 1.2.4 að kaupandi myndi taka stigahæsta tilboði samkvæmt matslíkani hafi bjóðandi staðist mat á lágmarkskröfum, eða hafna öllum.

Tilboð í örútbodinu voru opnuð 14. febrúar 2023 og bárust sjö tilboð, þar á meðal frá kæranda. Með tölvupósti varnaraðila 28. sama mánaðar með heitinu „Niðurstaða í örútbod 15711 Stígalýsing 2023“, sem sendur var á alla bjóðendur, var tilkynnt um val á tilboði „Ískrafts/Húsasmiðjunnar – Eclatec“. Í tilkynningunni kom fram að farið hefði verið yfir tilboð bjóðenda frá aðilum með hæstu stig og koll af kalli þar til bjóðandi hafi staðist útboðskröfur. Hefði það verið aðili í 8. sæti. Umhverfis- og skipulagssvið varnaraðila myndi því taka því tilboði. Í töflu sem fylgdi tilkynningunni kom fram að tilboð Ískrafts/Húsasmiðjunnar – Eclatec, að fjárhæð 15.891.600 krónur, hefði hlotið 69,63 heildarstig. Samkvæmt sömu töflu hlaut tilboð kæranda, sem var að fjárhæð 20.856.492 krónur, 53,96 stig og var raðað í 11. sæti. Í töflunni voru tiltekin stig hvers bjóðanda fyrir ábyrgðartíma boðinnar vöru og fyrir umhverfisstjórnunarkerfi. Af því mátti ráða að kærandi fékk engin stig fyrir ábyrgðartíma boðinnar vöru á þeirri forsendu að ábyrgðartími væri fimm ár. Þá hefði kærandi engin stig fengið fyrir umhverfisstjórnunarkerfi þar sem gögnum um það hefði ekki verið skilað.

Í kjölfar tilkynningar um niðurstöðu útboðsins áttu sér stað tölvupóstsamskipti á milli kæranda og varnaraðila vegna athugasemda kæranda við mat varnaraðila á tilboði hans. Í tölvupósti til kæranda 8. mars 2023 kom fram að við yfirferð á tilboðinu hefði varnaraðili metið það svo að kröfur örútbodisins væru ekki uppfylltar og því væri ekki ástæða til að yfirfara tilboðið nánar. Í skjali sem fylgdi tölvupóstinum, og bar heitið „Örútbod 15711 Stígalýsing - Yfirferð tilboða - Rafmagnsþjónustan“ kom fram að tilboð kæranda hafi ekki uppfyllt greinar 1.1.6, 1.2.2 og 1.2.3 í örútbodisýsingu. Nánar tiltekið hefði kærandi ekki staðfest eða veitt upplýsingar „um fjölda atriða í formblaði 3 með tæknilegum eiginleikum auk þess sem hann skilaði ekki nema litlum hluta þeirra skjala sem áttu að fylgja tilboði („Documents to be delivered“). “Jafnframt væru annmarkar á lýsingarútreikningum sem falist hafi í því að lampi hafi ekki verið rétt staðsettur á staur sem hafi ekki gefið rétta niðurstöðu í útreikningum og þeir ekki staðist þegar búið hafi verið að staðsetja lampann rétt. Kom fram að lagt væri til að tilboði kæranda yrði vísað frá. Í svarpósti kæranda 16. sama mánaðar mótmælti hann því að tilboðið hefði ekki staðist lágmarkskröfur útboðsins. Hélt kærandi því fram að villur í útreikningum í gögnum með tilboðinu, vegna rangrar staðsetningu lampa á staur, hefðu verið minniháttar og gefa ætti honum tækifæri til að bæta úr. Í tölvupósti varnaraðila til kæranda 17. sama mánaðar var tekið fram að tilkynnt hefði verið um val á bjóðanda í tölvupósti 28. febrúar og kæranda bent á að leita til kærunefndar útboðsmála teldi hann brotið á rétti sínum í innkaupaferlinu.

Í greinargerð varnaraðila til kærunefndar útboðsmála 19. apríl 2023 var upplýst um að eftir að komist hefði á samningur við Ískraft/Húsasmiðjuna hefði komið í ljós að tilboðið uppfyllti ekki lágmarkskröfur útboðsins og hefði fyrirtækið í kjölfarið fallið frá tilboði sínu. Vegna þess, og þar sem ekkert tilboð hafi þar með uppfyllt lágmarkskröfur, væri fyrirhugað að fara í nýtt útboð. Í viðbótarathugasemdum varnaraðila til nefndarinnar 19. júní sama ár kvaðst varnaraðili hafa farið rangt með að tilboð Ískraft/Húsasmiðjunnar hafi ekki uppfyllt lágmarkskröfur útboðsins. Hið rétta væri að fyrirtækið hefði upplýst um að mistök hefðu átt sér stað af þess hálfu og að það teldi sér ekki fært að efna samninginn. Ískraft/Húsasmiðjan hefði óskað eftir lausn undan samningi aðila og á það hafi verið fallist af hálfu varnaraðila.

II

Kærandi byggir kröfur sínar á því að honum hafi borið 10 stig fyrir 10 ára ábyrgðartíma og 10 stig fyrir löggilt umhverfisstjórnunarkerfi og þar með 73,96 heildarstig og 8. sæti í útboðinu. Þar sem tilboðin í sjö fyrstu sætunum hafi verið metin ógild hafi varnaraðila því borið að velja tilboð kæranda til samningsgerðar. Kærandi kveðst hafa sent varnaraðila staðfestingu á umhverfisstjórnunarkerfi þeirrar vöru sem hann bauð með tilboði sínu í rammisamningsútboði og því ekki talið þörf á að senda sömu skjöl aftur. Þá hafi komið fram í gögnum sem kærandi sendi inn í örútböðinu að 10 ára ábyrgðartími væri á öllum vörum framleiðanda. Kærandi byggir á því að ef fylgigögn með tilboði teljist óljós eða vanti beri kaupanda að tilkynna tilboðsgjafa um það og gefa honum kost á að lagfæra eða senda inn ný gögn, sbr. 66. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Kærandi telur tölvupóst varnaraðila 28. febrúar 2023 ekki hafa falið í sér formlega ákvörðun varnaraðila um val á tilboði samkvæmt 85. gr. laga nr. 120/2016 og verði ekki við þá tilkynningu miðað við mat á upphafi kærufrests. Í því sambandi bendir kærandi á að hvergi sé að finna í fundargerðum varnaraðila ákvörðun um val á tilboðsgjafa í hinu kærða útboði. Þá hafi endanlega afstaða varnaraðila til athugasemda kæranda við niðurstöðutöflu útboðsins ekki legið fyrir fyrr en í tölvupósti varnaraðila 17. mars 2023.

Að því er varðar þær upplýsingar í greinargerð varnaraðila 19. apríl 2023, að ekki yrði samið við annan bjóðenda, eftir að samningur við Húsasmiðjuna/Ískraft var látinn niður falla, þar sem ekkert annað tilboð hafi uppfyllt lágmarkskröfur, kveður kærandi um að ræða nýjar upplýsingar. Í andsvörum til kærunefndar byggir kærandi á því að hann og aðrir bjóðendur, sem hafi raðast í sæti á eftir tilboði Ískrafts/Húsasmiðjunnar, eigi rétt á að kæra þá ákvörðun varnaraðila að þeirra tilboð uppfylli ekki lágmarkskröfur útboðsins. Kærandi mótmælir því að þeir lampar sem hann hafi boðið í örútböðinu hafi ekki fullnægt kröfum útboðsins og tilboð

hans sé þar af leiðandi ógilt. Þvert á móti standist lamparnir vel kröfur kaupanda og beri kaupanda að samþykkja lampana. Kærandi bendi á að í útreikningum sínum hafi staðsetning ljósgjafans í lýsingarforritinu verið sett á sama stað og ljósastaurinn. Telur hann að lárétt færsla ljósgjafans um 23 sentímetra breyti mjög litlu og sé innan skekkjumarka. Hafi varnaraðila því borið að gefa kæranda kost á að endurreikna ljósdreyfinguna. Að mati kæranda eigi reiknings skekkja ekki að ógilda tilboð. Ef upp komi reiknings skekkja í tilboðsgerð sé hefð og venja fyrir því að reiknings skekkjan sé leiðrétt og eigi ekki að leiða til þess að tilboð sé ógilt. Að mati kæranda séu kröfur hans sem að þessu lúta komnar fram innan kærufresta. Í því sambandi bendir hann á að ekki hafi komið fram í tilkynningu varnaraðila 28. febrúar 2023 að tilboð kæranda hafi verið ógilt. Þær upplýsingar hafi komið fram síðar, eða þann 8. mars sama ár.

III

Varnaraðili telur að vísa beri öllum kröfum kæranda frá kærunefnd útboðsmála. Byggir hann það annars vegar á því að kröfur sem kærandi geri séu ekki meðal úrræða nefndarinnar samkvæmt lögum nr. 120/2016 og hins vegar að kærufrestur samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laganna hafi verið liðinn þegar kæran kom fram. Hvað síðara atriðið varðar bendir varnaraðili á að málalíbúnaður kæranda sé í reynd reistur á því að útboðsskilmálar hafi brotið gegn lögum um opinber innkaup og góða stjórnslu. Útboðsgögn hafi verið gerð aðgengileg 12. janúar 2023. Þá hafi endanleg ákvörðun um val á tilboði verið tilkynnt öllum bjóðendum 28. febrúar 2023. Þann dag hafi kærandi vitað eða mátti vita um ákvörðun um val á tilboð og að hans tilboð yrði ekki valið. Kærufrestir hafi því verið liðnir undir lok þegar kæra barst 23. mars sama ár, 65 dögum eftir að kærandi sótti útboðsgögnin og 23 dögum eftir að hann vissi eða mátti vita um ákvörðun um val á tilboði. Varnaraðili hafnar því að tölvupóstur frá 28. febrúar hafi ekki falið í sér formlega ákvörðun varnaraðila um val á tilboð og vísar til þess að um örútbod sé að ræða sem ekki þurfi að fara til samþykktar eða synjunar hjá innkaupa- og framkvæmdaráði varnaraðila.

Til vara telur varnaraðili að hafna beri öllum kröfum kæranda. Byggir hann á því að tilboð kæranda hafi ekki uppfyllt kröfur kafla 1.1.6 um fylgigögn með tilboði, kafla 1.2.2 um mat á tilboði og kafla 1.2.3 um mat á lágmarkskröfum til búnaðar. Hann kveður kæranda ekki hafa staðfest eða veitt upplýsingar um fjölda atriða í formblaði 3 með tæknilegum eiginleikum auk þess sem hann hafi ekki skilað nema litlum hluta þeirra skjala sem áttu að fylgja tilboði. Þá bendir varnaraðili á að í lýsiútreikningum hafi lampi ekki verið rétt staðsettur á staur sem gefið hafi ranga niðurstöðu í útreikningum og útreikningar hafi ekki staðist þegar búið hafi verið að

staðsetja lampann rétt. Niðurstaða varnaraðila hafi verið að leggja til að tilboði kæranda yrði vísað frá vegna framangreindra annmarka.

Varnaraðili byggir á því að útboðsskilmálar hafi verið skýrir og afdráttarlausir varðandi kröfur um skil á gögnum og afleiðingar þess ef misbrestur yrði þar á. Varnaraðili bendir á að í 66. gr. laga nr. 120/2016 sé ekki mælt fyrir um skyldu kaupanda til að óska eftir gögnum eða skýringum séu þau eða tilboð óljós, heldur sé í ákvæðinu að finna heimild til þess. Slíkar lagfæringar séu þó ávallt takmörkunum háðar og bjóðendum sé ekki heimilt að gera breytingar á gögnum sínum eftir að tilboðsfrestur rennur út og kaupanda ekki heimilt að óska eftir slíku. Þá mótmælir varnaraðili þeirri staðhæfingu kæranda að ef rétt hefði verið staðið að mati á tilboði hans hefði hann verið með flest stig bjóðenda sem rangri og órökstuddri.

Varnaraðili hafnar skaðabótaskyldu og byggir á því að farið hafi verið að lögum um opinber innkaup í einu og öllu auk þess sem skaðabótaskylda falli niður ef bjóða á verk út að nýju. Að síðustu hafnar varnaraðili því að honum beri að greiða kæranda málskostnað við að hafa kærana uppi.

Varnaraðila telur kærana með öllu tilefnislausu og að kæranda hafi mátt vera það ljóst. Því beri að úrskurða kærana til greiðslu málskostnaðar samkvæmt síðari málslið 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016.

Varnaraðili mótmælir því að kærandi geti komið að nýjum kröfum og málsástæðum í athugasemdum sínum til kærunefndar sem kærandi hefði með réttu átt að koma á framfæri í kærnu.

IV

Mál þetta lýtur að örútbóði nr. 15711, auðkennt „Stígalýsing 2023. Lampar fyrir stígalýsingu“, innan rammasamnings varnaraðila um lampna fyrir borgarlýsingu, en kærandi var meðal þeirra fyrirtækja sem lagði fram tilboð í örútbóðinu. Með tölvupósti 28. febrúar 2023 tilkynnti varnaraðili um val tilboðs. Í kærnu, sem barst kærunefnd útboðsmála 23. mars sama ár, krafðist kærandi þess aðallega að honum yrðu talin nánar tilgreind atriði til stiga í útbóðinu, en til vara að niðurstaða þess yrði ógilt og að kærunefndin veitti álit á skaðabótaskyldu varnaraðila. Byggðu kröfur kæranda á því að stig tilboðs kæranda hefðu verið vantalin, annars vegar er laut að ábyrgðartíma boðins búnaðar og hins vegar vegna löggilts umhverfisstjórnunarkerfis. Byggði kærandi á því að ef staðið hefði verið rétt að stigagjöf hefði tilboð hans átt að vera valið. Að þessu virtu verður lagt til grundvallar að upphaflegur málatilbúnaðar kæranda hafi byggt á þeirri forsendu, og þar með þeirri málsástæðu, að tilboð kæranda hafi í reynd verið gilt.

Í andsvörum kæranda 10. maí 2023 lýsti hann yfir breyttri kröfugerð í málinu á þeim grundvelli að upplýsingar í greinargerð varnaraðila um að „ákvörðun hafi verið tekin um að ekki verði samið við neinn af tilboðsgjöfum, [gjörbreyti] forsendum“. krafðist hann þess, í stað kröfu um að niðurstaða útboðsins yrði ógilt, að felld yrði úr gildi annars vegar ákvörðun varnaraðila um að semja ekki við neinn af bjóðendum og hins vegar að hafna tilboði kæranda sem ógildu. Þá krafðist hann þess að lagt yrði fyrir varnaraðila að ganga til samninga við kæranda. Auk þess sem kærandi hafi átt að hljóta flest stig bjóðenda, byggði kærandi á því að lampar hans hafi fullnægt útboðskröfum og að reikningsskekkja í gögnum tilboðsins hafi ekki átt að leiða til þess að tilboðið yrði metið ógilt. Hvað kærufrest varðaði vísaði kærandi til þess að honum hefði fyrst orðið ljóst að varnaraðili hafi talið tilboð hans ógilt í tölvupósti 8. mars 2023.

Samkvæmt 1. málslíð 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup skal kæra borin skriflega undir kærunefnd útboðsmála innan 20 daga frá því að kærandi vissi eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum. Ákvæðið er efnislega óbreytt frá 94. gr. eldri laga nr. 84/2007 um opinber innkaup og var tekið fram í athugasemdum við ákvæðið í frumvarpi því sem varð að lögunum að í opinberum innkaupum stæðu sérstök rök til þess að fyrirtæki brygðust skjótt við ætluðum brotum, ef þau óskuðu eftir því að úrræðum kærunefndar útboðsmála yrði beitt. Væri enda sérlega mikilvægt að ekki væri fyrir hendi óvissa um gildi tiltekinna ákvarðana, jafnvel þótt vera kynni að ákvarðanir væru ólögmatar.

Fyrir liggur að samhliða tilkynningu varnaraðila um niðurstöðu í örútbóðinu 28. febrúar 2023 var bjóðendum birt tafla um röðun tilboða og stigagjöf fyrir einstök atriði, þar á meðal fyrir ábyrgðartíma vöru og umhverfisstjórnunarkerfi. Af töflunni mátti kærandi ráða að hann hefði hvorki fengið stig fyrir ábyrgðartíma vöru né fyrir umhverfisstjórnarkerfi. Verður því lagt til grundvallar að kærandi hafi þann dag fengið vitneskju um þau atriði tengd stigagjöf sem að hann byggir kröfur sínar á í máli þessu. Var því liðinn frestur kæranda til að bera undir kærunefndina atriði er lutu að fyrrgreindri stigagjöf þegar kæra í málinu barst nefndinni 23. mars sama ár. Kemur stigagjöf tilboðs kæranda því ekki til skoðunar við úrlausn máls þessa.

Málatilbúnaður kæranda sem lagður er fyrir kærunefnd útboðsmála með skriflegri kæru markar að meginstefnu til umfjöllunarefni nefndarinnar og úrlausn og getur kærandi að jafnaði ekki bætt síðar við kröfum vegna sjónarmiða og gagna frá varnaraðila. Slíkt þarf þó að meta í hverju og einu tilviki. Líkt og áður greinir setti kærandi í svörum til nefndarinnar 10. maí 2023 fram nýjar kröfur er byggðu á því að sú ákvörðun varnaraðila um að hafna tilboði kæranda sem ógildu hafi verið ólögmat.

Fyrir liggur að undir meðferð máls þessa komu fram upplýsingar um að samningur varnaraðila við Ískraft/Húsasmiðjuna hefði gengið til baka. Þar með kom til greina að tilboð annars bjóðenda þ. á m. kæranda yrði valið til samningsgerðar, að því gefnu að um gilt tilboð væri að ræða. Að þessu virtu er það mat kærunefndar að eins og hér stendur á sé kæranda unnt að bera undir kærunefndina atriði er lúta að því að tilboð hans hafi verið gilt og koma að kröfum sem að því lúta í andsvörum til nefndarinnar.

Í máli þessu krefst kærandi þess að felld verði úr gildi annars vegar ákvörðun varnaraðila um að semja ekki við neinn af bjóðendum og hins vegar að hafna tilboði kæranda sem ógildu, og jafnframt að lagt verði fyrir varnaraðila að ganga til samninga við kæranda um kaup á umræddum lömpum. Varnaraðili hefur upplýst hann um að hin kærðu innkaup verði boðin út að nýju. Að þessu virtu og þar sem nefndinni er ekki unnt samkvæmt 111. gr. laga nr. 120/2016 að skylda varnaraðila til þess að ganga til samninga á grundvelli útboðs eru ekki efni til að verða við framangreindum kröfum kæranda. Kemur því einungis til álita sú krafa kæranda að kærunefnd láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart honum.

Samkvæmt 1. mgr. 119. gr. laga nr. 120/2016 er kaupandi skaðabótaskyldur vegna tjóns sem brot á reglum um opinber innkaup hafa í för með sér fyrir fyrirtæki. Fyrirtæki þarf einungis að sanna að það hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valið af kaupanda og möguleikar þess hafi skerst við brotið. Í málinu heldur varnaraðili því fram að tilboð kæranda hafi verið ógilt þar sem formblað 3 hafi ekki verið fyllt út með réttum hætti og nauðsynleg gögn vantað. Þá hafi lýsingarútreikningar sem fylgdu tilboði kæranda ekki verið í samræmi við kröfur útboðsgagna. Kærandi mótmælir framangreindu. Hann telur að reikningsskekkja í lýsingarútreikningum hafi verið innan skekkjumarka og að varnaraðila hafi borið að gefa honum tækifæri á að leiðrétta tilboðið að þessu leyti. Þá hafi engin þau gögn vantað er leiði til þess að tilboðið sé ógilt.

Það er meginregla útboðsréttar að bjóðendur bera ábyrgð á tilboðum sínum og að þeim sé skilað í samræmi við kröfur útboðsgagna, eftir atvikum eins og þeim hefur verið breytt eða þau nánar skýrð við meðferð útboðsins, sbr. úrskurð kærunefndar útboðsmála 20. september 2022 í máli nr. 15/2022. Kærunefndin hefur kynnt sér tilboð kæranda, þ. á m. formblað 3 sem skyldi geyma ítarlegar tæknilýsingar á boðinni vöru og aðrar þær upplýsingar sem nauðsynlegar væru til að sýna fram á að viðkomandi lampi uppfylli kröfur kaupanda. Þykir að mati nefndarinnar ljóst að verulegir annmarkar hafi verið á því hvernig formblað 3 var fyllt út af kæranda. Þá er óumdeilt að lýsingarútreikningar sem fylgdu tilboði kæranda voru ekki í samræmi við kröfur útboðsgagna þar sem lampar voru ekki rétt staðsettir á staur. Lýsingarútreikningar voru grundvallarþáttur við mat á tilboðum í útboðinu. Við þessar

aðstæður verður ekki talið að varnaraðila hafi verið skylt að gefa kæranda tækifæri til að leggja fram nýja lýsingarútreikninga eða leita nánari skýringa á efni tilboðs kæranda, enda hefði það getað haft í för með sér röskun á jafnræði bjóðenda í andstöðu við meginreglu 15. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Var varnaraðila því rétt að telja tilboð kæranda ógilt.

Að þessu virtu átti kærandi ekki raunhæfa möguleika á að verða valinn af varnaraðila í útboðinu, sbr. 1. mgr. 119. gr. laga um opinber innkaup, og verður því ekki talið að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda. Kröfum kæranda er því hafnað.

Varnaraðili hefur krafist þess að kæranda verði gert að greiða málskostnað samkvæmt 2. málsl. 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016, en þar er mælt fyrir um að ef kæra er bersýnilega tilefnislaus eða höfð uppi í þeim tilgangi að tefja fyrir framgangi opinberra innkaupa geti kærunefnd úrskurðað kæranda til að greiða málskostnað sem renni í ríkissjóð. Þótt öllum kröfum kæranda í máli þessu hafi verið vísað frá eða hafnað verður ekki litið svo á að kæra í málinu hafi verið bersýnilega tilefnislaus eða höfð uppi í þeim tilgangi að tefja fyrir framgangi opinberra innkaupa. Er kröfunni því hafnað. Rétt þykir að málskostnaður falli niður.

Úrskurðarorð

Kröfum kæranda, Rafmagnspjónustunnar ehf., vegna örútbóðs varnaraðila, Reykjavíkurborgar, nr. 15711 auðkennt „Stígalýsing 2023. Lampar fyrir stígalýsingu“ er hafnað.

Málskostnaður fellur niður.

Reykjavík, 22. september 2023

Reimar Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Auður Finnbogadóttir

Undirritunarsíða

Reimar Snæfells Pétursson

Auður Finnbogadóttir

Kristín Haraldsdóttir